

Tráfico de Drogas: o atual posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais acerca da inconstitucionalidade dos artigos 44 da Lei de Drogas e 2º da Lei dos Crimes Hediondos

Drug Dealing: Current Positioning of Minas Gerais Law Court on the Unconstitutionality of article 44 of Drugs Act and Article 2 of Hideous Crimes Act

Rafael Maciel Artuzo¹
Letícia Cristina de Oliveira Melo²

Resumo: A atual política criminal de combate às drogas tem levado legisladores e magistrados a adotarem uma postura extremamente rígida em relação aos delitos de tráfico, o que se evidencia pelas vedações a direitos e benefícios presentes nos arts. 44 da Lei de Drogas e 2º da Lei dos Crimes Hediondos. Tais vedações, contudo, são controversas, tendo em vista alguns princípios constitucionais que balizam o Estado Democrático de Direito. O presente artigo se propõe, assim, a realizar uma breve retrospectiva de decisões paradigmáticas acerca da matéria exaradas pelas cortes superiores, para, então, oferecer um panorama de como os dispositivos em análise estão sendo aplicados hodiernamente no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Palavras-chave:* Tráfico de Drogas. Crimes Hediondos. Inconstitucionalidade.

¹ Graduando em Direito pela UFMG.
E-mail: macielartuzo@hotmail.com.

² Graduanda em Direito pela UFMG.
E-mail: leticiaolimelo@gmail.com.

Introdução

O inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal elenca o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins dentre os crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. O art. 44 da Lei 11.343/06 foi mais adiante e, além destes institutos vedados constitucionalmente (fiança, graça e anistia), acrescentou outras quatro vedações (*sursis*, indulto, liberdade provisória e conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos). Também o art. 2º da Lei 8.072/90 acrescentava a proibição à liberdade provisória (antes da Lei 11.464/07) e ainda impõe o regime inicial fechado para o cumprimento de pena, em seu §1º (após a Lei 11.464/07).

Embora não se questione a inconstitucionalidade das vedações já previstas no inciso XLIII do art. 5º da Constituição (fiança, graça e anistia), os acréscimos trazidos pelos artigos mencionados da Lei de Drogas e da Lei dos Hediondos podem se chocar com alguns princípios previstos na Carta Magna, abrindo espaço para o questionamento de sua constitucionalidade.

Partindo desse pressuposto, o presente artigo propõe-se a cumprir dois objetivos: (I) realizar uma breve retrospectiva dos debates acerca da constitucionalidade desses dispositivos no âmbito dos tribunais superiores, os quais resultaram em decisões paradigmáticas que passaram a influenciar as demais cortes e magistrados, e (II) traçar um panorama de como a matéria está sendo abordada atualmente pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), a partir de decisões publicadas entre abril e junho de 2015.

Cumprir destacar que a jurisprudência paradigma das cortes superiores datam de alguns anos e são bastante conhecidas e utilizadas na praxis penal. As decisões modelo do TJMG, todavia, foram selecionadas segundo critério de ordem cronológica de publicação, a partir de lista gerada pelo mecanismo de busca do site do órgão, quando inseridas as palavras-chave “tráfico de drogas” e “inconstitucionalidade” acompanhadas do instituto respectivamente afetado (“progressão de regime”, “regime inicial fechado”, “conversão em penas restritivas de direitos”, “*sursis*” e “liberdade provisória”), sendo privilegiados os julgados mais recentes à época da elaboração do texto (junho de 2015), que mantivessem estrita correlação com o conteúdo abordado.

1. Inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime

1.1. Origem da Controvérsia

Antes da vigência da Lei nº 11.464/07, a redação do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 dispunha que a pena por crimes hediondos, tortura, terrorismo e tráfico de drogas deveria ser

cumprida *integralmente* em regime fechado, não havendo, portanto, a possibilidade de progressão de regime para os condenados por esses delitos.

Questionou-se, então, se tal medida não representaria uma interferência no princípio da individualização da pena, uma vez que, ao impedir a progressão de regime apenas pelo crime em abstrato, retirar-se-ia do juiz a possibilidade de fixar a pena mais adequada de acordo com as particularidades do caso concreto.

A primeira manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF) pela inconstitucionalidade desse dispositivo veio com o julgamento do *Habeas Corpus* 82.959/SP, que alegou sua incompatibilidade tanto em relação ao objetivo de ressocialização do preso quanto ao princípio da individualização da pena, conforme se depreende de sua ementa:

Pena. Regime de cumprimento. Progressão. Razão de ser. **A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso, que mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.** Pena. Crimes hediondos. Regime de cumprimento. Progressão. Óbice. **Artigo 2º, §1º, da Lei n. 8072/90. Inconstitucionalidade.** Evolução jurisprudencial. **Conflito com a garantia da individualização da pena, artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal.** A imposição mediante norma do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei n. 8072/90 (grifo nosso).

Desse modo, ao reconhecer a inconstitucionalidade, o STF possibilitou que as penas fossem executadas em maior conformidade com tal princípio, deixando a cargo dos Juízos das Execuções Criminais a apreciação dos requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da progressão de regime, nos termos do artigo 112 da Lei de Execuções Penais.

Posteriormente, a Lei nº 11.464/07 encerrou de vez a discussão ao alterar a redação do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, substituindo a expressão *integralmente fechado* por *inicialmente fechado*, admitindo, por conseguinte, que o condenado por crime hediondo ou equiparado pudesse cumprir a sua pena, em momento posterior, em regime mais brando, criando, porém, novos marcos temporais para a concessão da progressão, ao estabelecer como requisito objetivo o cumprimento de 2/5 da pena, em caso de primariedade, e de 3/5, em caso de reincidência, de acordo com o §2º do mesmo artigo.

Tais alterações, todavia, criaram novas controvérsias. Primeiramente, questionou-se se a imposição de regime inicial fechado também não implicaria em afronta à individualização da pena, o que será abordado mais detalhadamente no próximo tópico. Em segundo lugar, pelo fato das novas frações de cumprimento serem excessivamente superiores ao patamar de 1/6 imposto para os demais delitos, de acordo com o artigo 112, *caput*, da Lei de Execução Penal, indagou-se

se a Lei nº 11.464/07 não representaria *novatio legis in pejus* nos casos de sua aplicação retroativa.

Isso porque os delitos cometidos anteriormente à publicação da lei, em razão da declaração de inconstitucionalidade da vedação à progressão, não deveriam ter como requisitos os novos marcos temporais trazidos pela mesma lei, o que seria claramente prejudicial aos condenados.

Nesse sentido, é elucidativa a orientação do Des. Alexandre Victor de Carvalho, proferida em seu voto no *Agravo em Execução Penal n. 1.0363.11.001725-0/001*:

(...) a proibição de progressão de regime trazida pela Lei 8.072, de 1990, para os condenados por aquela classe de crimes, é inconstitucional, por ofender o princípio da individualização das penas, devendo, assim, ser extirpada do mundo jurídico, juntamente com seus nefastos efeitos.

Avançando quanto ao tema, em diversos julgados, consignei que a **referida decisão pretoriana [*Habeas Corpus 82.959/SP*] tem força *erga omnes*, reconhecendo-se, por consequência, o direito de progressão de regime a todo condenado por delito hediondo, desde que satisfeitos os requisitos autorizadores indicados na Lei de Execuções Penais.**

É dizer: a decisão do Pretório Excelso é vinculativa, não podendo ser contrariada por instâncias inferiores, gerando os mesmos efeitos do controle concentrado de constitucionalidade.

Após a publicação do acórdão prolatado no supracitado HC 82959, iniciou-se a vigência da Lei 11.464/07, que trouxe a lume as seguintes modificações na Lei 8072/90:

Art. 1º. *O art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:*

Art. 2º (...)

II - fiança.

§1º *A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.*

§2º *A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.*

§3º *Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.*

§4º *A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (grifo nosso).*

Em decorrência da inovação legislativa, apresenta-se um conflito intertemporal de normas penais, porquanto a modificação supratranscrita, no seu § 2º, é mais prejudicial aos condenados por crime hediondo do que a situação jurídica anterior que, em face da declarada inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime, estatuiu o benefício com a exigência de cumprimento de apenas um sexto da pena e não dois quintos, no novo e mais rigoroso regramento legal.

Como é cediço, os conflitos intertemporais de normas incriminadoras e não incriminadoras se resolvem com a incidência dos princípios "tempus regit actum"; irretroatividade da lei prejudicial e retroatividade benigna.

Como dito, diante da incerteza da precisa data de cometimento dos supostos delitos praticados em continuidade, deve se dar interpretação, também neste ponto, mais favorável ao reeducando, ou seja, que teriam ocorrido em data anterior à vigência da Lei nº 11.464/07.

Consignada a irretroatividade da lei posterior maligna, o aparato normativo aplicável à espécie é a legislação vigente no momento do fato, ou seja, a primitiva redação do art. 2º da Lei 8072/90, sem a regra da proibição de regime por ter sido declarada inconstitucional e não mais poder produzir efeitos.

Conclui-se, pois, que, desde a declaração incidental de inconstitucionalidade do primitivo § 1º do art. 2º da Lei 8072/90, a situação jurídica dos condenados por delitos hediondos passou a permitir a progressão de regime com a exigência do cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena (grifo nosso).

Contribuindo para pacificar esse entendimento, o STF, em 2009, editou a *Súmula Vinculante nº 26*, que prevê o seguinte, *in verbis*:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, **o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072**, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico (grifo nosso).

Por fim, nessa mesma esteira, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a *Súmula nº 471*, que dispõe:

Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional.

1.2. Atualmente

No que se refere à possibilidade de progressão de regime, a questão encontra-se definitivamente resolvida desde a publicação da Lei 11.464/07, não havendo mais decisões que a proíbam.

Quanto à aplicação dos marcos temporais para a progressão, de modo geral, tem prevalecido o entendimento dos tribunais superiores de que, se os fatos foram ocorridos antes da vigência da Lei 11.464/07, aplica-se o disposto na Lei de Execução Penal, a saber, 1/6 da pena. Caso contrário, aplicam-se os 2/5 ou 3/5, a depender de sua reincidência ou primariedade.

A título de exemplo, a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), proferida no *Agravo em Execução Penal 1.0000.10.001400-0/001*:

EMENTA: AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - CRIMES PRATICADOS ANTES DA LEI Nº 11.343/07 - ESTÁGIO PARA PROGRESSÃO - 1/6 - UNIFICAÇÃO DAS PENAS - FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL - CONSIDERAÇÃO DO SOMATÓRIO DAS PENAS A SEREM AINDA CUMPRIDAS.- Aos condenados pela prática de crimes hediondos, cometidos antes da entrada em vigor da Lei nº 11.464/07, cabe conceder a

progressão do regime prisional, com base no art. 112 da LEP. - Sobrevindo condenação no curso da execução da pena, seja pela prática de crime anterior ou posterior ao da pena que já se encontra em execução, há que se unificar as penas e, com base na soma da pena a ser cumprida, com relação ao primeiro delito, à pena aplicada na segunda condenação, estabelecer o novo regime prisional (grifo nosso).

2. Inconstitucionalidade da imposição do regime inicial fechado

2.1. Origem da controvérsia

Como foi visto no item anterior, constava da redação original do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90 que a pena por crime previsto neste artigo seria cumprida *integralmente* em regime fechado, ou seja, era vedada a *progressão de regime*.

Após repetidas alegações doutrinárias e jurisprudenciais de inconstitucionalidade do referido dispositivo, foi promulgada a Lei 11.464/07, que substituiu a expressão *integralmente fechado* por *inicialmente fechado* no art. 2º, §1º da Lei dos Hediondos¹. *A priori*, o que foi visto como um avanço por ter-se permitido a progressão de regime², acabou causando mais transtornos na aplicação da pena nos delitos hediondos e equiparados. Ocorre que, assim como a vedação *ex lege* à progressão de regime fere o princípio constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88), também o faz a imposição legal do regime inicial fechado, como bem ressaltou o Ministro Og Fernandes, do STJ, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 149.807/SP:

O legislador pátrio, atento à referida evolução jurisprudencial, editou em 28.3.07, a Lei nº 11.464, que, modificando a redação da Lei nº 8.072/90, **derrogou a vedação à progressão de regime**, estabelecendo que a pena a condenados por crimes hediondos, tortura, tráfico de drogas e terrorismo devem ser descontadas apenas **inicialmente** no regime fechado.

No entanto, persistiu – e ainda persiste – a ofensa ao princípio da individualização pena. Ora, **se o dispositivo responsável por impor o integral cumprimento da reprimenda no regime fechado é inconstitucional, também o é aquele que determina a todos** – independentemente da pena a ser descontada ou das nuances do caso a caso – **que iniciem a expiação no regime mais gravoso**.

2.2. O julgamento do *Habeas Corpus* nº 111.840/ES

¹ Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança.

§ 1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

² Nucci (2010, p. 681), por exemplo, se limita a elogiar a liberação da progressão de regime e não trata da imposição do regime inicial fechado.

Foi preciso discutir novamente a matéria no STF, no julgamento do *Habeas Corpus n° 111.840/ES*, em 14/06/2012, ocasião em que, sob o mesmo argumento de afronta ao princípio da individualização da pena, foi declarada, novamente, a inconstitucionalidade incidental deste dispositivo.

Admitiu-se, na verdade, a possibilidade de fixação do regime inicial fechado, desde que pautada nos requisitos do art. 33, 3º, c/c art. 59 do Código Penal, mas não quando fundamentada apenas pelo art. 2º, §1º, da Lei dos Hediondos, ou seja, afirmou-se não ser possível definir o regime inicial somente pelo crime em abstrato:

Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, **desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal** (grifo nosso).

Em seu voto, o relator, Min. Dias Toffoli, colacionou vários julgados que demonstraram como o entendimento dos tribunais superiores estava coerente com a possibilidade de concessão do regime inicial diferente do fechado. Foram lembrados, por exemplo, os julgamentos do *Habeas Corpus 82.959/SP*, que permitiu a progressão de regime aos hediondos e equiparados, e do *Habeas Corpus 97.526/RS*, que concedeu a possibilidade de substituição/conversão de penas ao delito de tráfico de drogas, todos sob o fundamento de violação do princípio da individualização da pena.

O Ministro destacou também a finalidade social dos regimes aberto e semiaberto, que é a de diminuir os efeitos negativos do cárcere. Para tanto, citou o voto do Des. Celso Limongi no *Habeas Corpus 128.889/DF*:

1. Verifica-se que o delito fora praticado em 04/10/2007, quando a Lei n° 11.464/2007, que instituiu o **regime inicial fechado aos crimes hediondos e assemelhados, já se encontrava em vigor**. Contudo, o cumprimento de pena de curta duração em ambiente deletério é prejudicial à recuperação da condenada. O raciocínio a ser utilizado é o mesmo para a concessão do *sursis*, cabível nas hipóteses de pena inferior a 2 (dois) anos.

2. **Na situação em análise, na qual a paciente ostenta circunstâncias judiciais favoráveis, tendo sido condenada a cumprir pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, o regime prisional, à luz do artigo 33, § 2º, alínea 'c', deve ser o aberto.**

3. Ordem concedida para estabelecer à paciente o regime inicial aberto para o cumprimento de sua pena reclusiva. (HC 128.889/DF, STF, Relator Desembargador convocado Celso Limongi, DJ de 5.10.09)''' (destaques no original).

2.3. Atualmente

Analisando as decisões mais recentes do TJMG (junho de 2015) que versaram sobre a possibilidade de fixação de regime inicial diferente do fechado, percebe-se que a questão ainda não está pacificada.

Em linhas gerais, quando o magistrado ou a turma opta por acatar a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei dos Hediondos, procede da seguinte maneira: primeiro, reconhece que o delito de tráfico de drogas, ainda que agraciado pela minorante do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, não perde seu caráter hediondo, tendo como fundamento o entendimento do STJ no *Recurso Especial Repetitivo 1.329.088/RS*. Em seguida, recapitulam-se as inconstitucionalidades que envolvem o art. 44 da Lei de Drogas e o art. 2º, § 1º da Lei dos Hediondos, citando, na maior parte das vezes, as decisões do *Habeas Corpus 111.840/ES*. Por fim, fixa-se ou não o regime inicial fechado, mas justificando-o pelos requisitos do art. 33, 3º, c/c art. 59 do CP.

Por outro lado, quem não acata a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei dos Hediondos, aplica o dispositivo em sua literalidade, ressaltando que sua declaração de inconstitucionalidade tem efeito apenas *inter partes* e que a fixação do regime inicial fechado tem razão na vontade do legislador de estabelecer uma política criminal mais severa em relação a crimes considerados mais graves.

Como exemplo, a ementa do acórdão na *Apelação Criminal 1.0035.14.008150-2/001*, de relatoria do Des. Walter Luiz, da 1ª Câmara Criminal, em que o relator votou no sentido de aplicar o regime inicial fechado, conforme o art. 2º, § 1º da Lei dos Hediondos, e a Des. revisora Kárin Emmerich, de modo diverso, optou por conceder regime inicial menos gravoso, saindo vencedora nesse quesito, embora, por erro material, a ementa tenha colocado seu voto como vencido:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06 - RECURSOS DEFENSIVOS - TESES 1º APELANTE: ABSOLVIÇÃO; DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06; **FIXAÇÃO REGIME ABERTO** - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - TESES 2º APELANTE: DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06 - REDUÇÃO DA PENA IMPOSTA - RECURSO NÃO PROVIDO - ALTERAÇÃO DE OFÍCIO.

As provas amealhadas ao longo da instrução são suficientes para ensejar a condenação dos apelantes pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, ainda

mais quando a parcial negativa se apresenta destituída de álibi comprobatório e de verossimilhança. O conjunto probatório apresentado nos autos não autoriza a desclassificação do delito de tráfico de drogas para uso próprio, mesmo porque, não há motivos para afastar a idoneidade da atuação dos policiais e de seus depoimentos, não tendo sido apresentada qualquer prova convincente em sentido contrário. **Quanto ao regime, entendo que, no caso em tela, tratando-se do delito de tráfico, o regime inicial de cumprimento da pena deve ser sempre o fechado, conforme estabelece o § 1º, do art. 2º da Lei 8.072/90.** Presentes os requisitos do art. 44 do CP, substituo as penas privativas de liberdade dos apelante por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo juízo da execução. v.v. **Na esteira do posicionamento dos tribunais superiores, nas condenações por tráfico de drogas, quando aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, possível a fixação de regime prisional inicial menos gravoso, observando-se, para tanto, os critérios legais constantes dos artigos 33 e 44, ambos do Código Penal e, ainda, as determinações do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar dos crimes previstos nessa Lei.** Na fixação da pena de multa, o arredondamento de fração deve sempre favorecer o réu, pelo que devido é o decote de 1 (um) dia-multa (grifo nosso).

Contudo, há também decisões em sentido oposto, como no julgamento dos *Embargos Infringentes 1.0079.11.043956-3/002*, da mesma 1ª Câmara Criminal, em que o Des. relator Walter Luiz de Melo fixou o regime inicial fechado, com base no art. 2º da Lei dos Hediondos, tendo saído vencedor, enquanto a Des. Kárin Emmerich, mantendo a sua posição, teve seu voto vencido:

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA - IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS INFRINGENTES REJEITADOS.

Em razão do recente entendimento do STJ, no julgamento do Resp nº 132088/RS, que manteve o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, mesmo nos casos em que tenha sido aplicada a causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, devem as penas serem cumpridas em regime inicialmente fechado, em virtude do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Assim é que, **entendo que a imposição de regime inicial fechado, independentemente do quantum de pena aplicada, não viola o princípio constitucional da individualização da pena, em tais casos, ou seja, aqueles em que se pautou a reprimenda na figura tipo do artigo 33 da Lei de Tóxicos.** Em verdade, a norma trazida atende aos anseios do legislador que, para definir os critérios de aplicação e cumprimento de penas, observou a sua individualização abstrata, dando, proporcionalmente, tratamento mais rigoroso aos executores de crimes mais graves, especialmente aqueles que considerou hediondos e equiparados. Concluindo, nenhuma inconstitucionalidade existe, pois não se fere a individualização da pena. Cuida-se de política criminal do Estado, buscando dar tratamento mais rigoroso ao traficante, mas sem padronização de penas. v.v. Tendo em vista a primariedade do apelante e o quantum de pena aplicado, em consonância com os preceitos contidos no art. 33, § 2º, alínea 'b', do Código Penal, deve ser fixado o regime semiaberto (grifo nosso).

Portanto, a divergência de entendimento entre uma mesma turma julgadora é representativa do estado indefinido da questão no âmbito do TJMG, em que ora se concede o regime inicial mais brando e ora se veda tal possibilidade com base no dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos.

3. Inconstitucionalidade da vedação à conversão em penas restritivas de direitos e *sursis*.

3.1. Origem da controvérsia

Entendia-se, desde a Lei 9.714/98 - que alterou o art. 44 do Código Penal, estabelecendo novos requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos -, que a adjetivação hedionda do delito de tráfico de drogas impedia a conversão de penas e o *sursis*, ainda que a sanção aplicada atendesse aos critérios previstos na nova redação deste artigo³ ou no art. 77 do Código Penal.

A Lei 11.343/06, por sua vez, tratou de incluir expressamente a vedação ao *sursis* em seu art. 44 e a vedação à conversão em penas restritivas de direitos tanto nesse artigo quanto no §4º do art. 33 (“tráfico privilegiado”). Desse modo, mesmo àqueles sentenciados cuja reprimenda se estabeleceria perto do mínimo legal, como no caso de reconhecimento do “privilégio”, e que preenchessem os demais requisitos para a concessão dos benefícios, estaria vedada a conversão de penas e sua suspensão condicional.

Um primeiro entrave causado por essa medida, de acordo com Salo de Carvalho (2013, p. 381), diz respeito à não observância da diferenciação entre *conversão* e *substituição* de penas, sendo que a primeira, segundo ele, ocorre na fase de *execução*, nos termos do art. 180 da Lei 7.210/84⁴, enquanto a segunda no momento da sentença penal condenatória.

Ocorre que, se o art. 44 da Lei de Drogas prevê expressamente a vedação da *conversão* em penas restritivas de direitos, por óbvio que o intuito do legislador era vedar o instituto da fase de execução. E não se poderia admitir analogia, de modo a abarcar também o conceito de *substituição*, pois esta seria em prejuízo do réu (*in malam partem*).

³ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;
II – o réu não for reincidente em crime doloso;
III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

⁴ Art. 180. A pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser convertida em restritiva de direitos, desde que:
I - o condenado a esteja cumprindo em regime aberto;
II - tenha sido cumprido pelo menos 1/4 (um quarto) da pena;
III - os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável.

Contudo, apesar dessa primeira e simples interpretação literal do artigo, que já seria suficiente para encerrar a questão, “a maioria dos Tribunais entendeu que o art. 44 da Lei de Drogas efetivamente vedava a aplicação do *substitutivo* penal no momento de determinação da pena” (CARVALHO, 2013, p. 382). Assim, desde o advento da Lei 9.714/98, os Tribunais vinham vedando tanto a *substituição* quanto a *conversão* de penas.

3.2 O julgamento do Habeas Corpus nº 97.256/RS

Quando a matéria chegou ao Supremo, declarou-se a inconstitucionalidade incidental desses dispositivos, por maioria de votos, no julgamento do *Habeas Corpus nº 97.256/RS*. Entendeu-se nesse julgado, assim como nos casos abordados nos tópicos anteriores, que a lei comum não pode impedir a discricionariedade do juiz em fixar a pena mais adequada de acordo com o caso concreto, por se tratar de afronta ao princípio constitucional de individualização da reprimenda, o qual, como frisou o Min. Ayres Britto, “se desenvolve em três momentos individuados complementares: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo”. Desse modo,

(...) a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

Algumas questões abordadas no acórdão merecem destaque. Houve, por exemplo, o argumento de que o dispositivo constitucional que veda benefícios aos delitos hediondos e equiparados⁵ não lista a conversão em penas restritivas de direitos, sendo esse acréscimo trazido apenas pela Lei Antidrogas, tanto no art. 44 quanto no §4º do art. 33. Portanto,

a própria norma constitucional cuidou de enunciar as restrições a ser impostas àqueles que venham a cometer as infrações penais adjetivadas de hediondas. Não incluindo

⁵ Art. 5º, XLIII, CF/88 - A lei considerará crimes *inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia* a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (grifo nosso).

neste catálogo de restrições a vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos⁶.

Sendo assim, a legislação infraconstitucional não tem o condão de aumentar a lista já estabelecida na Constituição, “afinal, o que se tem como próprio do capítulo versante sobre direitos e garantias individuais (...) é ampliar a esfera de liberdade das pessoas naturais. Não é estreitar ou por qualquer modo encurtar esse espaço de movimentação humana”, como complementou o Min. Ayres Britto em seu voto.

Curioso, porém, o fato de que nesse julgado, que serviu de fundamento à *Resolução nº 5 de 2012 do Senado Federal*, a expressão “vedada à conversão em penas restritivas de direitos” foi declarada inconstitucional em ambos os artigos e a Resolução suspendeu a execução apenas do excerto do §4º do artigo 33, mantendo a expressão no artigo 44.

Em outras palavras, foi o mesmo de nada ter sido feito, já que o §4º do art. 33, se submete às disposições do artigo 33, *caput*, porque não é tipo autônomo⁷, e o art. 44, em cujo texto a expressão ainda se mantém, veda a conversão de pena aos delitos previstos no *caput*⁸. Assim, em outros termos, a Resolução do Senado suprimiu a expressão do §4º do art. 33, mas não do art. 44, ao qual o próprio §4º do art. 33 está submetido.

Outro argumento interessante é o da função social da *conversão/substituição*. Para a Suprema Corte, as penas alternativas visam amainar a ineficiência das penas privativas de liberdade em sua proposta de retribuição-prevenção-ressocialização, concedendo àqueles cujos crimes se deram sem violência ou grave ameaça, e cujas condições pessoais são favoráveis, a possibilidade do cumprimento de penas menos gravosas. O item 3 da ementa apregoa que

As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é a toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e ao mesmo tempo recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

⁶ Voto do Min. Ayres Britto no *Habeas Corpus* nº 97.256/RS.

⁷ Daí ser equivocada a denominação “tráfico privilegiado”. De acordo com Nucci (2010, p. 372) *Não se pode criar uma nova infração penal, a partir da mera aplicação da causa de diminuição de pena. Por isso, o tráfico ilícito de drogas será sempre considerado equiparado a hediondo, ainda que comporte, por opção legislativa, pena mais branda, quando os requisitos do §4º estiverem presentes.*

⁸ Art. 44. *Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.*

Por fim, cumpre destacar o argumento de adequação dos dispositivos aos tratados e convenções internacionais aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, nos quais é conferido tratamento diferenciado ao delito de tráfico de entorpecentes com menor potencial ofensivo, possibilitando penas alternativas, como é o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (1988), que prevê em seu art. 3º, §4º, “c”:

Não obstante o disposto nos incisos anteriores, nos casos apropriados de infrações de caráter menor, as partes poderão substituir a condenação ou sanção penal pela aplicação de outras medidas tais como educação, reabilitação ou reintegração social, bem como, quando o delinquente é toxicômano, de tratamento e de acompanhamento posterior.

3.3. O julgamento do *Habeas Corpus 101.919/MG*

Quanto ao *sursis*, é preciso ressaltar que sua aplicação nos casos de tráfico é rara, devido à quantidade de critérios exigidos pelo art. 77 do Código Penal⁹: primeiro, a necessidade de pena não superior a dois anos praticamente restringe-o aos casos de aplicação da minorante do §4º do art. 33 em grau máximo, ainda assim, quando a pena-base fixada fica próxima ao mínimo de 5 anos. Ademais, há a determinação do inciso III do mesmo artigo, que o limita a ser aplicado quando não houver possibilidade de se substituir a pena, nos moldes do art. 44 do Código Penal. Enfim, como salientou Nucci (2010, p. 395), “como as penas desses delitos são, como regra, elevadas, dificilmente seria cabível a suspensão condicional da pena”.

Todavia, adotando um pensamento diverso do exarado no *Habeas Corpus nº 97.256/RS*, o STF, no julgamento do *Habeas Corpus 101.919/MG*, em 2011, não reconheceu nenhuma inconstitucionalidade na vedação do benefício, alegando o Ministro relator Marco Aurélio que a vedação ao *sursis* se trata de opção político-normativa do legislador e não fere o princípio da individualização da pena:

Conforme disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Consoante a Lei nº 8.072/90, em se tratando de tráfico de drogas, a pena a ser cumprida há de ter início no regime fechado. Mais do que isso, em opção político-normativa, presente a quadra atual quanto ao tráfico de entorpecentes, veio o

⁹ Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

- I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;
- II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;
- III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

legislador, por meio do art. 44 da Lei 11.343/06, a vedar, no tocante aos crimes dos artigos 33, cabeça e §1º, e 34 a 37 da citada lei, o implemento de *sursis*.

Então, a menos que se coloque em plano secundário esse arcabouço normativo-constitucional, não se pode cogitar da suspensão condicional da pena imposta, porquanto o paciente foi condenado como incurso na sanção do art. 33 da Lei 11.343/2006 - tráfico de entorpecentes.

O Ministro Dias Toffoli, contudo, em seu voto-vista vencido, foi coerente, em relação à vedação do *sursis*, com o entendimento adotado no *Habeas Corpus nº 97.256/RS* quanto à vedação à conversão de penas, admitindo que aquela, do mesmo modo, feria o princípio da individualização da pena ao considerar apenas o crime em abstrato:

Penso que o mesmo raciocínio adotado para afastar-se a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos possa ser adotado na hipótese de cabimento da suspensão condicional da pena, conforme estabelecido no art. 77 do Código Penal.

No caso em análise, pondero que a negativa de substituição calçou-se exclusivamente na vedação legal contida no art. 44 da Lei nº 11.343, sem qualquer menção desabonadora às condições pessoais do paciente, o que, a meu ver, não se afigura possível.

Contudo, seu voto foi vencido pela maioria e, na esteira da incongruência do Pretório Excelso, os tribunais inferiores vêm adotando esse mesmo entendimento, como se verá a seguir.

3.3. Atualmente

Cinco anos após a publicação do acórdão no *Habeas Corpus nº 97.256/RS* (16/12/2010) e três anos após a *Resolução nº 5, de maio de 2012*, a possibilidade de conversão/substituição de penas nos delitos de tráfico ainda encontra-se aberta, levando-se em consideração os julgados mais recentes do TJMG (junho de 2015).

Alguns magistrados continuam não concedendo a conversão/substituição, sob a justificativa da expressa vedação legal constante no art. 44 da Lei de Drogas. Entendem que a Resolução nº 5 apenas excluiu a vedação constante no §4º do art. 33 da Lei de Drogas, mas não do art. 44, motivo pelo qual ainda é possível sua aplicação, mesmo em casos de tráfico privilegiado. Além disso, sustentam que as inconstitucionalidades declaradas no *Habeas Corpus nº 97.256/RS* não possuem efeitos *erga omnes*. Contudo, tal posicionamento não é unânime e tem prevalecido a posição que considera possível a conversão/substituição em razão da resolução e do julgado citados acima.

O acórdão na *Apelação Criminal 1.0629.10.000127-6/001* é representativo da discussão da questão nesse sodalício. Nele, a Desembargadora relatora Denise Pinho da Costa Val

concedeu a substituição de pena a um condenado por tráfico na modalidade privilegiada, alegando que “no crime de tráfico privilegiado é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante a Resolução n.º 05 do Senado Federal, que suspendeu a eficácia da vedação contida no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06”.

O Desembargador Rubens Gabriel Soares, todavia, argumentando que tal resolução não extirpou a vedação do art. 44 da Lei de Drogas, deixando implícito que entende que tal artigo também se aplica aos casos de tráfico privilegiado, votou em sentido contrário, não concedendo o pedido, ressaltando que “em que pese o Senado Federal ter editado a Resolução 05/2012, suspendendo a execução da expressão ‘vedada a conversão em penas restritivas de direitos’ prevista no §4º do art. 33 da Lei Antidrogas, a vedação constante no art. 44 da mesma Lei continua em plena vigência”.

Portanto, embora nas decisões proferidas em junho de 2015 tenha prevalecido a possibilidade de conversão/substituição, resta claro que, a depender da composição de certa câmara, esse posicionamento pode se reverter.

No que tange à aplicação do *sursis*, dada a pouca frequência com que esse instituto se aplica aos delitos de tráfico, a maioria das decisões são denegatórias pelos próprios requisitos contidos no art. 77 do Código Penal, não havendo julgamentos recentes no âmbito do TJMG que o tenham concedido ou que o tenham denegado em razão da vedação constante no art. 44 da Lei de Drogas.

Porém, em alguns casos em que se vota por não conceder a conversão/substituição de pena, cita-se também a impossibilidade de concessão do *sursis*, de modo que é possível inferir que sua aplicação também dependerá do entendimento do julgador acerca da vedação constante no art. 44 da Lei 11.343/06.

4. Inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória

4.1. Origem da controvérsia

A liberdade provisória encontra assento constitucional no inciso LXVI, do art. 5º da CR/88, segundo o qual “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Todavia, na esteira da redação original do art. 2º, II, da Lei dos Crimes Hediondos, a Lei 11.343/06, em seu art. 44, a proibiu expressamente ao preso em flagrante delito de tráfico de drogas, independente da análise do caso concreto.

Em 2007, porém, entrou em vigor a Lei 11.464, que deu nova redação ao artigo 2º da Lei 8.072/90¹⁰, afastando o óbice à concessão da liberdade provisória e mantendo somente a vedação à fiança. Desse modo, levando-se em consideração que existem duas modalidades de liberdade provisória previstas constitucionalmente - com ou sem fiança -, há que se ressaltar que, se a fiança foi proibida aos crimes de tráfico, só existe a possibilidade de concessão da liberdade provisória sem fiança, de acordo com a nova redação do art. 2º da Lei dos Hediondos.

4.2. O julgamento do *Habeas Corpus nº 104.339/SP*

Persistindo, ainda, o impedimento legal do art. 44 da Lei de Drogas, o STF foi instado a se manifestar no *Habeas Corpus nº 104.339/SP*, no qual, por via de controle difuso, declarou que a dita vedação é incompatível com inúmeros princípios constitucionais, como o da presunção da inocência e o do devido processo legal. Nesse diapasão, proferiu o Ministro relator Gilmar Mendes:

Tenho para mim que essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória (Lei n. 11.343/2006, art. 44) é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros. É que a Lei de Drogas, ao afastar a concessão da liberdade provisória de forma apriorística e genérica, retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar, em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais.

A restrição aos direitos fundamentais deve sempre ser interpretada de forma estrita e não extensiva. Assim, o juiz não fica impedido de conceder a liberdade provisória (sem fiança) em razão da inafiançabilidade do delito, pois, além de serem institutos diferentes, cabe ao magistrado verificar, no caso concreto, a configuração das hipóteses que justificam a prisão cautelar.

A referida proibição estabelece um tipo de regime de prisão preventiva obrigatório, na medida em que torna a prisão a regra e a liberdade a exceção. Todavia, a Constituição apregoa, de modo diametralmente oposto, que a liberdade é a regra, e a prisão, para que se configure, deve ser devidamente fundamentada de acordo com a lei.

O STF entendeu que a simples alegação da existência de uma norma que proíbe a concessão da liberdade provisória não pode ser utilizada como fundamento para as decisões,

¹⁰ Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

(...)

II - fiança. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

pois, segundo o Supremo, a vedação à liberdade provisória deverá ser sustentada pelas hipóteses do art. 312, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, é o voto Min. Gilmar Mendes:

(...) imperioso concluir que a segregação cautelar — mesmo nos crimes atinentes ao tráfico ilícito de entorpecentes — deve ser analisada tal qual as prisões decretadas nos casos dos demais delitos previstos no ordenamento jurídico, o que conduz à necessidade de serem apreciados os fundamentos da decisão que denegou a liberdade provisória ao ora paciente, no intuito de verificar se estão presentes os requisitos do art. 312 do CPP que rege a matéria.

O STJ, após a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 44, também reformou sua posição, de modo que já se tem pacificada a concessão da liberdade provisória aos delitos de tráfico nos tribunais superiores, desde que analisado o caso concreto. O item 2 da ementa do acórdão no *Recurso em Habeas Corpus nº 58.367/MG* serve de exemplo do atual posicionamento do STJ:

É certo que a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.

4.3. Atualmente

Embora a matéria esteja consolidada nos tribunais superiores, as decisões mais recentes do TJMG demonstram que essa corte ainda não unificou seu entendimento, pois ora concedem a liberdade provisória sob os argumentos de que o agente é primário e de bons antecedentes e que estão ausentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, ora negam o referido instituto, alegando a quantidade de drogas, a garantia da ordem pública e a vedação do art. 44 da Lei 11.343/06.

Exemplo de concessão é o acórdão no *Habeas Corpus nº 1.0000.15.020235-6/000*, em que a Ministra relatora Beatriz Pinheiro Caires acatou a inconstitucionalidade da vedação, na esteira da Suprema Corte:

(...) em 10 de maio de 2012, por ocasião do julgamento do HC 104.339/SP, de que foi relator o Min. Gilmar Mendes, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria (vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Luiz Fux), ser inconstitucional a vedação à liberdade provisória contida no art. 44 da Lei de Drogas, visto que incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência e do devido processo legal, dentre outros princípios.

Portanto, sob tal prisma, a manutenção da custódia não se sustenta, diante da declaração de inconstitucionalidade pela Corte Suprema da vedação à liberdade provisória ao crime de tráfico de drogas.

Conforme reiteradamente temos decidido nesta Segunda Câmara Criminal, o juízo valorativo sobre a gravidade em abstrato da infração traz aspectos subsumidos no próprio tipo penal e, por isso, não constitui fundamentação idônea para manter a custódia provisória, não bastando para manutenção da segregação cautelar apenas a referência, com a mera repetição, das hipóteses previstas no art. 312 do CPP.

O julgamento do *Habeas Corpus 1.0000.15.030633-0/000*, todavia, teve desate diferente, tendo a 6ª Câmara Criminal optado por não conceder a liberdade provisória em razão da vedação contida no art. 44, conforme o seguinte excerto extraído da ementa:

(...) 7. Embora a Lei nº 11.464/07 tenha dado nova redação ao art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, retirando do seu texto a expressão liberdade provisória, esta não pode ser concedida ao agente acusado pela prática do delito de tráfico de drogas, em razão da vedação legal prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06. 8. O artigo 44 da Lei nº 11.343/06 não é inconstitucional, tampouco foi revogado pela Lei 11.464/07, em face do princípio da especialidade.

Dessa forma, percebe-se que, mesmo com a manifestação dos tribunais superiores, nota-se, ainda, certa resistência por parte dos magistrados mineiros em conceder a liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas.

Conclusão

A Lei dos Crimes Hediondos e a Lei de Drogas trouxeram uma série de questionamentos e desafios práticos para o ordenamento jurídico brasileiro. Dentre as várias controvérsias surgidas, destacam-se as trazidas pelos artigos 44 da Lei de Drogas e 2º da Lei dos Hediondos, os quais, por seus conteúdos constitucionalmente questionáveis, impeliram o STF a se manifestar por diversas vezes.

Os resultados das discussões foram diversos. Em alguns casos, as inconstitucionalidades declaradas pela Suprema Corte foram referendadas por medidas do Poder Legislativo que alteraram alguns dispositivos, como é o caso da Lei 11.464/2007, que extirpou as vedações à liberdade provisória e à progressão de regime contidas no art. 2º da Lei 8.072/90, e a Resolução nº 05/2012 do Senado Federal, que eliminou a vedação à conversão de penas prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Porém, algumas inconstitucionalidades declaradas continuam permitindo entendimentos diversos por parte dos tribunais inferiores, em decorrência de seu caráter meramente incidental, como se viu em relação ao TJMG. São exemplos as inconstitucionalidades das vedações à conversão de penas, ao *sursis* e à liberdade provisória, ainda presentes no art. 44 da Lei de

Drogas, e da imposição do regime inicial fechado, constante no §1º do art. 2º da Lei dos Hediondos.

Sendo assim, é necessária uma urgente uniformização dos entendimentos acerca dessas matérias no tribunal mineiro, preferencialmente com respaldo legislativo, para que se ponha fim em todas essas controvérsias, que têm ocasionado indesejável insegurança jurídica.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial União, Brasília, DF, 13/07/1984.

BRASIL. Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial União, Brasília, DF, 26/07/1990.

BRASIL. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial União, Brasília, DF, 24/08/2006.

BRASIL. Congresso. Senado. Resolução n.º 05, de 2012. Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Diário Oficial União, Brasília, DF, 15/02/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Publicação 01/09/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, Relator Min. Ayres Britto, Publicação 16/12/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, Relator Min. Dias Toffoli, Julgamento 14/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 128.889/DF, Relator Desembargador Celso Limongi, Publicação 5/10/09.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 101.919/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, Publicação 06/09/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Publicação 06/12/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* nº 149.807/SP, Relator Min. Og Fernandes, Publicação 03/11/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso em *Habeas Corpus* nº 58.367/MG, Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Publicação 29/06/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso em *Habeas Corpus* nº 58.367/MG, Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Publicação 29/06/2015.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 5ª Câmara Criminal, Agravo em Execução Penal n. 1.0363.11.001725-0/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, Publicação 02/08/2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 2ª Câmara Criminal, Agravo em Execução Penal 1.0000.10.001400-0/001, Relator Des. José Antonino Baía Borges, Publicação 22/11/2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 1ª Câmara Criminal, Apelação Criminal 1.0035.14.008150-2/001, Relator Des. Walter Luiz, Publicação 19/06/2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 1ª Câmara Criminal, Embargos Infringentes e de Nulidade 1.0079.11.043956-3/002, Relator Des. Walter Luiz, Publicação 09/06/2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 6ª Câmara Criminal, Apelação Criminal 1.0629.10.000127-6/001, Relatora Des.(a) Denise Pinho da Costa Val, Publicação 08/06/2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 2ª Câmara Criminal, *Habeas Corpus* nº 1.0000.15.020235-6/000, Relatora Des. Beatriz Pinheiro Caires, Publicação 29/04/2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 6ª Câmara Criminal, *Habeas Corpus* 1.0000.15.030633-0/000, Relator Des. Rubens Gabriel Soares, Publicação 08/06/2015.

NUCCI, Guilherme Souza. *Leis penais e processuais comentadas*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2010.